

Recueil Dalloz 2011 p. 1495

La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre

Daniel Mainguy, Professeur à la Faculté de droit de Montpellier

« *Les contrats ont certes besoin de droit, il n'est pas sûr qu'ils aient besoin de loi* » (P. Rémy, *Droit des contrats : questions, positions, propositions, in Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 271).

Le très fameux article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce illustre cette aporie : loi de circonstances, loi de transition, voire loi de Murphy. Il est devenu le support majeur de pratiquement tout le contentieux de la rupture des contrats (d'affaires), supplantant l'analyse prétorienne de l'abus du droit de rompre un contrat, en raison de l'attraction qu'offre, dans une tradition légicentriste, un texte de loi et du renfort de la désormais fameuse « action du ministre » du § III, autonome, conforme à la CEDH et à la Constitution (Cons. const. n° 2010-85 QPC, 13 janv. 2011, D. 2011. 392, chron. M. Chagny, et 415 ☞, note Y. Picod ; JCP E 2011. 1136, note D. Mainguy ; AJ pénal 2011. 191 ☞, obs. J.-B. Perrier ; RTD civ. 2011. 121 ☞, obs. B. Fages). Au-delà, cependant, l'une des difficultés majeures repose sur le régime de responsabilité qui sanctionne ce texte et les conséquences qui s'y attachent.

La question est apparue à l'occasion d'un arrêt de la chambre commerciale du 6 février 2007 qui avait affirmé que la responsabilité liée à la mise en oeuvre de ce texte était une responsabilité délictuelle (Bull. civ. IV, n° 21 ; D. 2007. 653 ☞, obs. E. Chevrier, et 1694, obs. A. Ballot-Léna ; JCP G 2007. II. 10108, note F. Marmoz ; RDC 2007. 731, obs. J.-S. Borghetti ; JCP E 2008. 1638, obs. D. Mainguy ; RTD civ. 2007. 343 ☞, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2008. 210 ☞, obs. P. Delebecque). La solution est abrupte, sans que soient peut-être exactement mesurées toutes ses conséquences sur les clauses relatives aux litiges, à moins que l'on se range du côté des décisions contraires rendues par la première chambre civile. Une telle divergence n'est ni souhaitable ni utile.

Une partie des arrêts rendus écartent les clauses relatives au litige sur le fondement que le régime de responsabilité de l'article L. 442-6, I, 5°, est délictuel ; d'autres n'écartent pas ces clauses, notamment dans un contexte international, ce dont on peut déduire que la responsabilité ressortit à l'ordre contractuel.

La première série peut être illustrée par trois arrêts de la chambre commerciale, celui du 6 février 2007 précité, l'un du 21 octobre 2008 (n° 07-12.336, JCP E 2009. 1479, obs. D. Mainguy) et enfin un arrêt du 13 janvier 2009 (n° 08-13.971, RDC 2009. 1016, obs. D. Mazeaud, et 1147, obs. M. Béhar-Touchais ; D. 2009. 295 ☞, obs. E. Chevrier, et 2892, obs. D. Ferrier) : la responsabilité est délictuelle, les clauses relatives au litige sont écartées.

La seconde série est également illustrée par trois arrêts émanant de la première chambre civile, en raison de leurs aspects internationaux. Dans ces trois arrêts (Civ. 1^{re}, 6 mars 2007, n° 06-10.946, D. 2007. 951 ☞, obs. E. Chevrier ; JCP E. 2008. 1638, obs. D. Mainguy ; RTD com. 2008. 210 ☞, obs. P. Delebecque ; 22 oct. 2008, n° 07-15.823, D. 2009. 200 ☞, note F. Jault-Seseke, 684, chron. A. Huet, et 2384, obs. S. Bollée ; CCC 2008, n° 270, obs. M. Malaurie-Vignal ; RDC 2009. 691, obs. M. Béhar-Touchais ; JCP E 2009. 1479, obs. D. Mainguy ; Rev. crit. DIP 2009. 1, étude D. Bureau et H. Muir Watt ☞ ; RTD com. 2009. 646, obs. P. Delebecque ☞ ; 8 juill. 2010, n° 09-67.013, D. 2010. 2884 ☞, note M. Audit et O. Cuperlier, 2544, obs. C. Dorandeu, et 2937, obs. T. Clay ; Rev. crit. DIP 2010. 743, note D. Bureau et H. Muir Watt ☞) étaient en jeu une clause relative au litige, une clause attributive de compétence ou une clause compromissoire. Dans chacun de ces arrêts, la Cour, sans se prononcer expressément sur la nature de la responsabilité, conclut cependant que la clause devait s'appliquer, ce dont on peut estimer qu'il en résulte que la responsabilité est contractuelle, écartant en outre la discussion d'un autre argument, celui du caractère éventuel de loi de police de l'article L. 442-6, I, 5°.

Ces six arrêts illustrent une division très nette qui jette une ombre sur la position de principe de la jurisprudence de la Cour de cassation, s'agissant de la nature de la responsabilité et du sort des clauses relatives au litige, mais également de celui du degré d'impérativité de ce texte.

Ou bien, alors, l'une des chambres se rangera à la position de l'autre, à l'occasion d'un nouveau pourvoi - et l'on peut estimer que l'opposition existant depuis quatre ans augure mal d'une telle solution - ou bien la Cour sera rassemblée en chambre mixte ou en assemblée plénière pour trancher un conflit particulièrement désorientant mais qui fait les délices de la doctrine qui l'observe, en général, de manière non neutre, en proposant des éléments de solution, dans un sens ou dans l'autre.

La doctrine se rallie plutôt majoritairement à l'opinion selon laquelle la responsabilité de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce est toujours délictuelle avec un ensemble d'arguments qui sont censés répondre à un « *principe de cohérence élémentaire* » (D. Mazeaud, obs. préc., RDC 2009. 1016). Les arguments présentés sont articulés autour de trois ensembles (J.-S. Borghetti, obs. préc., RDC 2007. 731). En premier, la lettre même de la formule d'attaque de l'article L. 442-6, I, 5° (« *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait (...)* ») évoquerait une ambiance de responsabilité civile délictuelle, argument peu décisif sinon par un attachement désuet à une exégèse d'autrefois. Ensuite, vient l'idée selon laquelle les objectifs poursuivis par l'article L. 442-6, I, 5°, s'inscrivent dans une logique qui n'est pas celle du contrat

(J.-S. Borghetti, obs. préc.). Ce texte a vocation à s'appliquer à des situations aussi bien contractuelles que non contractuelles, certaines négociations commerciales, par exemple. Par conséquent, ce seraient des pratiques qui seraient visées, indépendamment de leur « vêtement contractuel ». « *C'est un peu comme si le législateur avait jugé la notion de « contrat » non pertinente* » (J.-S. Borghetti, obs. préc.). Par ailleurs, la nature délictuelle de la responsabilité résulterait de la nature du préjudice, le caractère brutal de la rupture, c'est-à-dire les conséquences d'un acte illicite, indépendamment du contexte contractuel dans lequel il s'inscrit.

On peut raisonnablement estimer que ces arguments ne sont pas dirimants pour éviter une position tranchée, radicale : la responsabilité serait toujours délictuelle ou toujours contractuelle. Elle pourrait être autonome, ni contractuelle, ni délictuelle. On pourrait surtout observer la situation factuelle pour apporter une solution plus nuancée, relative. Certaines relations commerciales établies ne sont pas formalisées : c'est le cas d'une négociation informelle ou bien d'une série de contrats qui se succèdent dans le temps. Sa rupture se traduit par la non-conclusion d'un contrat à venir. Aucun élément contractuel extérieur ne structure la relation commerciale établie. La responsabilité qui en découle peut ainsi être considérée comme relevant d'un régime de responsabilité délictuelle (Comp. Com. 28 févr. 1995, Cah. dr. entr. 1995/6. 28, note D. Mainguy ; D. 1997. 64 , obs. D. Ferrier ; RTD civ. 1995. 885, obs. J. Mestre ). Certaines de ces relations commerciales établies sont au contraire formalisées, contractualisées, contrats de longue durée, contrats-cadres notamment. Il semble alors assez artificiel de distinguer la rupture de sa brutalité. Qu'il s'agisse d'une faculté de résiliation unilatérale ou de non-renouvellement d'un contrat, on voit, vraiment, mal comment cela pourrait échapper au régime de la sanction du contrat. La décision de rompre le contrat est bien dans le contrat et le fait que cette décision soit efficace ou inefficace, abusive ou brutale n'y change rien : elle est préjudiciable et sa source se trouve dans une faute de comportement, point dans l'illicite.

L'enjeu, c'est donc bien la question des clauses relatives au litige, clauses attributives de compétence ou clauses compromissaires. Dans un contrat international, les intérêts en cause dépassent les seules contingences françaises, et touchent au respect des obligations internationales de la France, notamment en présence de clauses désignant une loi étrangère et ou attribuant compétence à un juge étranger : la loi étrangère s'applique devant le juge étranger compétent, écartant alors l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce, au profit de la loi étrangère, aussi légitime que le droit français, sauf une surestimation du moi juridique. L'invocation de l'article L. 442-6, I, 5°, comme présentant les caractères d'une loi de police n'y peut rien changer. D'une part, il semble qu'il y ait une confusion. Une loi de police est, dans l'ordre international, celle qui fait échec aux techniques de désignation de la loi applicable au profit exclusif de la loi française. Les règles du droit de la concurrence sont certes considérées comme des lois de police mais cela ne concerne que les pratiques anticoncurrentielles, point (encore ?) les pratiques restrictives de concurrence. D'autre part, quand bien même l'article L. 442-6 serait considéré comme une loi de police, c'est au juge étranger compétent d'en décider, et point le juge français qui ne devient pas compétent pour autant. De la même manière, une clause compromissoire doit s'appliquer en application du principe « compétence-compétence », même si l'article L. 442-6 est une loi de police, emportant alors un autre débat, propre au droit de l'arbitrage, sur l'obligation ou la faculté des arbitres d'invoquer, éventuellement d'office, une loi de police.

C'est peu dire que les praticiens du droit des contrats, et notamment des contrats internationaux, sont muets de stupéfaction devant cette incertitude jurisprudentielle. C'est typiquement la question qu'une assemblée plénière ou une chambre mixte aurait intérêt à trancher urgemment, en tenant compte de l'ensemble de la situation : l'article L. 442-6 est-il une loi de police, d'une part, et la responsabilité qui s'en dégage est-elle une responsabilité qui appelle une réponse radicale, toujours délictuelle ou toujours contractuelle, ou bien relative, tantôt délictuelle tantôt contractuelle ?

Mots clés :

CONCURRENCE * Transparence * Pratique restrictive * Rupture brutale d'une relation commerciale établie * Responsabilité * Nature

